Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die Teilnahmelehre

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Walter Bungenstab
Referendar

Breslau 1933
Druck von Anton Schreiber, Breslau

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Wegner

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter

Inhaltsübersicht.

Einleitung 1

Kapitel I: **Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente.** 5

I. Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit. 5
II. Die Entwicklung des Gedankens subjektiver Unrechtselemente. 7
III. Der heutige Stand der Theorie der subjektiven Unrechtselemente. 10

Kapitel II: **Die Teilnahmetheorien** 14

I. Die subjektive Teilnahmetheorie. 14
II. Die objektive Teilnahmetheorie. 16

Kapitel III: **Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die objektive Teilnahmetheorie.** 18

I. Die Einzeltäterschaft. 18
II. Mittäterschaft und Beihilfe. 19
III. Die mittelbare Täterschaft. 21
IV. Die Anstiftung. 24

Kapitel IV: **Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und der Gegensatz der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie.** 25

Kapitel V: **Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die Akzessorietät der Teilnahme.** 28

Kapitel VI: **Zusammenfassung.** 31

Literatur-Verzeichnis

Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig, Erlangen 1922.

Ernst Beling, Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.

Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Karl Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Maximilian von Buri, Urheberschaft und Beihilfe. G. S. 19 S. 278 ff. Erlangen 1867.

Maximilian von Buri, Urheberschaft und Beihilfe. GA. 17 S. 233 ff. Berlin 1869.

Maximilian von Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Gießen 1860.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1929.

Reinhart Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage. Tübingen 1931.

Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Band XXI Heft 2.

James Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff in der Festgabe für Frank Bd. I S. 428 ff. Tübingen 1930.

August Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. ZStr. W. 36 S. 19 ff. 1915.

August Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs in der Festgabe für Frank Bd. I S. 250 ff. Tübingen 1930.

August Hegler, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben Bd. V S. 305 ff. Berlin und Leipzig 1929.

Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht. Berlin. Bd. I 1925. Bd. II 1930.

Alexander Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. I Jena 1903.

von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I 26. Auflage. Berlin und Leipzig 1932.

Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. GS. 89 S. 207 ff. 1924.

Edmund Mezger, Strafrecht. München und Leipzig 1931.

Edmund Mezger, Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben Bd. V S. 13 ff. Berlin und Leipzig 1929.

Edmund Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. in der Festschrift für Ludwig Träger S. 187 ff. Berlin 1926.

Johannes Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit in der Festgabe für Frank. Bd. I S. 339 ff. Tübingen 1930.

Johannes Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in der Festschrift für Binding Bd. II S. 273 ff. Leipzig 1911.

Johannes Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.

Paul Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen. Strafr. Abhdlg. 198. Breslau 1918.

Konrad Petri, Die mittelbare Täterschaft. Strafr. Abhdlg. 125. Breslau 1911.

Ernst Reichle, Die Teilnahme am Verbrechen nach Reichsstrafgesetzbuch und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen. Strafr. Abhdlg. 285. Breslau 1931.

Heinrich Rosenfeld, Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung in der Festgabe für Frank Bd. II S. 161 ff. Tübingen 1930.

Arthur Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.

Arthur Wegner, Teilnahme in Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. S. 102 ff. Berlin und Leipzig 1926.

Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit in der Festschrift für Max Pappenheim. S. 379 ff. Breslau 1931.

Erik Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre. Bd. I. Berlin, Mannheim und Leipzig 1928.

Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Strafr. Abhdlg. 237. Breslau 1928.

Einleitung.

Unrecht und Schuld sind die beiden Grundbegriffe, die im Mittelpunkt des gesamten Strafrechts stehen. Ständig arbeitet die Wissenschaft an der Klärung und Abgrenzung dieser Begriffe, an der Bestimmung ihres gegenseitigen Verhältnisses, an der Erschließung neuer Zusammenhänge zwischen beiden. Die Wandlung und Vertiefung, die diese Begriffe durch die Arbeit der Wissenschaft erfahren, üben einen tiefgreifenden Einfluß auf das ganze Gebiet des Strafrechts, besonders auf die Lehren vom Tatbestand, vom Versuch, vom Irrtum und von der Teilnahme aus.

Das Gebiet der Rechtswidrigkeit, das nicht nur für das Strafrecht grundlegende Bedeutung hat, ist besonders umstritten. Der große Gegensatz: objektive Rechtswidrigkeit — subjektive Rechtswidrigkeit ist noch nicht verschwunden; die Frage, ob Unrecht und Schuld voneinander zu trennen sind, ob es ein „schuldloses Unrecht" gibt oder nur „schuldhaftes Unrecht" denkbar sei, ist noch nicht endgültig entschieden. Immerhin ist die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit durch die grundlegenden Untersuchungen Naglers in der Festschrift für Binding [1]) und durch spätere Arbeiten von Nagler [2]), Sauer [3]), von Hippel [4]) und anderen so eingehend begründet und ausgebaut worden, daß sie heute als die herrschende zu bezeichnen ist. Das Reichsgericht hat sich in seiner früheren Rechtsprechung zu der Frage der objektiven oder subjektiven Auffassung der Rechtswidrigkeit nicht eindeutig geäußert. Es ließ ihre Entscheidung offen, kam aber z. B. im Falle der Notwehr gegen den Angriff eines Geisteskranken zu demselben Ergebnis wie die Vertreter der objektiven Rechtswidrigkeit, indem es Notwehr für zulässig erklärte, jedoch mit abweichender und

---

1) Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in: Festschrift für Binding Bd. II S. 273 ff.

2) Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

3) Grundlagen des Strafrechts S. 231 ff.

4) Deutsches Strafrecht Bd. II S. 182 ff.

nicht zu billigender Begründung[5]). Erst in neuester Zeit hat es mit Klarheit erkennen lassen, daß es ebenfalls auf dem Boden der objektiven Rechtswidrigkeit steht, wenn es in einer, einen Fall des übergesetzlichen Notstandes betreffenden Entscheidung von einem „die objektive Rechtswidrigkeit ausschließenden Rechtfertigungsgrund" spricht[6]).

In der neuesten Zeit ist jedoch eine Lehre aufgestellt worden, die die objektive und die subjektive Unrechtsauffassung einander zu nähern und die Gegensätze zwischen beiden abzuschwächen versucht: Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen. Sie geht grundsätzlich von der objektiven Begründung der Rechtswidrigkeit aus, führt sie aber nicht konsequent durch, sondern macht der subjektiven Rechtswidrigkeit gewisse Zugeständnisse, indem sie in vielen Fällen subjektive Merkmale als wesentliche Umstände für die Begründung der Rechtswidrigkeit einer Handlung heranzieht. Diese Theorie hat aufs neue einen lebhaften Streit auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit entfacht und neue Fragen aufgeworfen. Ihre Anwendung auf den allgemeinen und den besonderen Teil des Strafrechts hat auf fast allen Gebieten neue Probleme aufgerollt.

Ein nicht geringer Teil der Wissenschaft hat sich dieser Lehre angeschlossen und ihre Ergebnisse bei den Einzelfragen zur Anwendung gebracht[7]), während andere hervorragende Autoren wie z. B. Beling[8]) und Goldschmidt[9]) sie abgelehnt haben mit Gründen, die recht schwerwiegender Natur sind. Wegner[10]) wirft ihr „ein Ausweichen vor den grundsätzlichen Problemen", eine Verwischung des großen, grundlegenden Gegensatzes: objektive — subjektive Unrechtsauffassung vor. Auch wenn man diese Lehre ablehnt, wird man ihr nicht das Verdienst bestreiten können, die großen Probleme des Strafrechts von einem neuen Blickpunkt beleuchtet und zum erneuten Nachdenken über sie angeregt zu haben.

---

5) Vgl. RGStr. Bd. 27 S. 44 ff.

6) vgl. RGStr. Bd. 61 S. 249 ff. und dazu die Ausführungen von Eberhardt Schmidt in ZStrW. Bd. 49 S. 350 ff., besonders S. 356—359.

7) Vgl. die Aufzählung bei Mezger: Lehrbuch S. 170 Anm. 6.

8) Die Lehre vom Tatbestand S. 12.

9) Normativer Schuldbegriff S. 463 ff.

10) JW. 1931 S. 277.

Die vorliegende Arbeit will nicht eine Kritik der Theorie der subjektiven Unrechtselemente geben, die Gründe anführen, die für und gegen sie sprechen. Das ist von ihren Anhängern und Gegnern bereits zur Genüge geschehen. Sie will vielmehr untersuchen, zu welchen Ergebnissen die Anwendung dieser Theorie auf ein Teilgebiet des allgemeinen Strafrechts, auf die Teilnahmelehre führt.

Im ersten Kapitel der Arbeit erfolgt eine Darstellung der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen bis zum heutigen Stande.

Im zweiten Kapitel wird kurz auf die beiden wichtigsten Teilnahmetheorien eingegangen, soweit dies für die hier zu behandelnden Fragen erforderlich ist.

In den nächsten Kapiteln folgt die Anwendung der Theorie von den subjektiven Unrechtselementen auf die Teilnahmelehre. Insbesondere wird untersucht, welche Bedeutung sie für die Ausgestaltung und Abgrenzung der wichtigsten Teilnahmeformen und für die Lehre von der Akzessorietät der Teilnahme hat und ob diese Theorie den Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie gegenstandslos macht.

Kapitel I.

Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente.

I. Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit.

Vor der Darstellung der Theorie der subjektiven Unrechtselemente muß zunächst auf die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit eingegangen werden, die Grundlage und Ausgangspunkt dieser Theorie ist. Nur auf dem Boden einer objektiv begründeten Rechtswidrigkeit lassen sich besondere subjektive Unrechtselemente aufstellen.

Das Recht ist als äußere Ordnung menschlichen Zusammenlebens durch einen dem Einzelnen übergeordneten Willen aufzufassen. Der Inhalt der Rechtssätze ist in erster Linie eine Feststellung dessen, was dieser Ordnung gemäß oder ihr zuwider ist, sie stellen eine generelle Bewertung bestimmter Vorgänge dar. Der Rechtswille erklärt das seinen Zwecken und Zielen Entsprechende für rechtmäßig, das ihnen Entgegenstehende für rechtswidrig. Die Erklärung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit kann durch einen besonderen Rechtssatz des geschriebenen Rechts oder des Gewohnheitsrechts erfolgen, häufig ist sie jedoch nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern aus dem Zusammenhang der Rechtssätze zu schließen. So ist z. B. aus der an einen bestimmten Tatbestand geknüpften Strafdrohung zu folgern, daß der Rechtswille ein diesen Tatbestand erfüllendes Verhalten allgemein für rechtswidrig erklärt. Die Funktion der Rechtssätze als Bewertungsnormen ist die primäre[1]) und jedenfalls auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit ausschlaggebend.

Natürlich sucht die das Recht schaffende Macht das von ihr für rechtmäßig Erklärte durchzusetzen und das von ihr für rechtswidrig Erklärte zu verhindern. Zu diesem Zweck wendet sie sich mit Geboten und Verboten an die der Rechtsordnung Unterworfenen, um diese zu einem Verhalten ge-

1) so Lobe: Lpz. Komm. S. 3.

mäß den Interessen der Rechtsordnung zu veranlassen, und sucht die Befolgung ihrer Befehle durch verschiedene Mittel, zu denen auch die Verhängung von Strafen gehört, zu erreichen. Die Erklärung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ist die logische Voraussetzung für den Erlaß von Geboten oder Verboten, die dieses Verhalten betreffen, mögen auch Rechtswidrigkeitserklärung und Gebot oder Verbot äußerlich nicht getrennt sein[2]). Der Charakter der Rechtssätze als Bestimmungsnormen kommt erst in zweiter Linie in Betracht und hat auf dem Gebiete der Schuld besondere Bedeutung.

Die Bezeichnung einer Handlung als „rechtswidrig" bedeutet also ein Unwerturteil über diese Handlung, gefunden durch Messen der Handlung an dem Maßstab des Rechts[3]), eine rechtliche Mißbilligung. Diese Wertung ist vollkommen unabhängig von dem handelnden Subjekt. Von Hippel[4]) drückt diesen Gedanken zutreffend dahin aus: „Die objektive Rechtswidrigkeit bedeutet das Unwerturteil über die Tat; die Schuld das hinzutretende Unwerturteil über den Täter."

Danach ist die Rechtswidrigkeit als Widerspruch gegen die objektiven Bewertungsnormen des Rechts rein objektiv aufzufassen. Läßt sich das äußere Verhalten eines Menschen in einem konkreten Fall unter einen strafrechtlichen Tatbestand subsumieren, so steht damit die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens fest, falls nicht ausnahmsweise im Einzelfall besondere Umstände die Rechtswidrigkeit ausschließen. Die Rechtsordnung sieht derartige Vorgänge als ihren Zwecken widersprechend an und erklärt sie daher für rechtswidrig. Dieses Unwerturteil der Rechtsordnung über Handlungen dieser Art ist im Strafrecht aus der Aufstellung des Tatbestandes und der an seine schuldhafte Verwirklichung geknüpften Strafdrohung zu entnehmen.

Die Person, die Zurechnungsfähigkeit und die Willensrichtung des Handelnden bleiben nach dieser Lehre für die Begründung der Rechtswidrigkeit ganz außer Betracht.

---

2) Vgl. dazu Lobe: Lpz. Komm. S. 1 ff., Nagler in der Festschrift für Binding Bd. II S. 273 ff.

3) Nagler in der Festschrift für Binding Bd. II S. 283 ff.

4) Deutsches Strafrecht Bd. II S. 187.

II. Die Entwicklung des Gedankens subjektiver Unrechtselemente.

Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente will für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines menschlichen Verhaltens ebenfalls grundsätzlich das äußere, objektive Geschehen maßgebend sein lassen. In Einzelfällen könnten jedoch auch „seelische Merkmale aus der Person des Handelnden maßgebend werden“ [5]). Das gleiche äußere Geschehen könne das eine Mal rechtmäßig, das andere Mal rechtswidrig sein, je nach der Willensrichtung des Handelnden im einzelnen Falle.

Zum ersten Mal finden sich Anklänge an diese Gedanken in der 1911 erschienenen Abhandlung von Hans Albrecht Fischer: „Die Rechtswidrigkeit“. Fischer behandelt das Problem der Rechtswidrigkeit als Problem der allgemeinen Rechtslehre. Als Zivilrechtler führt er seine Untersuchungen an Hand des Privatrechts durch, dem er auch vorwiegend seine Beispiele entnimmt und für das er im letzten Teil seines Werkes Einzelheiten gibt. Schon im Vorwort wirft er die Frage auf, „ob nicht vielleicht der objektive Tatbestand erst durch die billigenswerten oder mißbilligenswerten Beziehungen des Täters zur Tat seinen rechtswidrigen Charakter erhält“. Nach eingehender Betrachtung verschiedener Institute des Zivilrechts kommt er z. B. bei der Geschäftsführung zu dem Schluß, daß in gewissen Fällen „nicht ein objektives Geschehen verboten ist, sondern daß es verboten oder erlaubt ist, je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht“.

Im Strafrecht hat zuerst Hegler in seinem Aufsatz: „Die Merkmale des Verbrechens“ [6]) den Gedanken der subjektiven Unrechtselemente zum Ausdruck gebracht. Es sei zwar in der Regel, aber nicht immer nur ein äußeres Verhalten, das eine Interessenverletzung darstelle und damit sozialschädlich (d. i. gleichbedeutend mit rechtswidrig) sei. Als Beispiele führt er an: Diebstahl, bei dem erst die Absicht rechtswidriger Zueignung die Wegnahme rechtswidrig mache, und Betrug, bei dem die Absicht, sich oder einem

5) Mezger: Lehrbuch S. 168.

6) ZStrW. 36 S. 19 ff.

Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, die Rechtswidrigkeit der Beschädigung fremden Vermögens durch Täuschung begründe. Er nennt diese Fälle „Delikte mit überschießender Innentendenz" und sieht in dieser Innentendenz ein Unrechtselement. So kommt Hegler zu dem Schluß, daß nicht alles Subjektive zur Schuld und nicht bloß Objektives zur Rechtswidrigkeit gehöre.

Etwas später als Hegler hat sich Max Ernst Mayer in seinem Lehrbuch mit diesem Problem beschäftigt. Mayer ist der Ansicht, die Widerrechtlichkeit einer Handlung könne nicht ausnahmslos ohne Rücksicht auf die Zwecke des Subjekts festgestellt werden[7]). Als Beispiele führt er das Schikaneverbot des § 226 BGB., den lediglich zu Experimentierzwecken erfolgenden Eingriff des Arztes und das bekannte, seitdem mehrfach erörterte Beispiel aus Faust an. Die sich in jenen Fällen ergebenden subjektiven Elemente sind nach Mayer nur als Merkmal der Rechtswidrigkeit, nicht gleichzeitig als Schuldmerkmale anzusehen.

In einer eingehenden Abhandlung hat sich Mezger[8]) mit der Frage der subjektiven Unrechtselemente beschäftigt. Nach einem ausführlichen dogmengeschichtlichen Ueberblick über die objektive und die subjektive Unrechtsauffassung bekennt er sich selbst grundsätzlich zur objektiven Rechtswidrigkeit. Mit Recht hebt er den Unterschied, der sich aus der Auffassung der Rechtssätze als Bewertungsnormen oder Bestimmungsnormen ergibt, hervor und entscheidet sich für die Priorität des Rechts als Bewertungsnorm. Er betont aber, daß die Konstruktion des Unrechts auf subjektiver Grundlage mit dem Ausgangspunkt des Rechts als Bestimmungsnorm logisch ebenso möglich sei. In den Vordergrund seiner weiteren Betrachtungen über die Rechtswidrigkeit stellt er den Gedanken der adresselosen Norm, der sich aus der Betrachtung der Rechtssätze als Bewertungsnorm ohne weiteres ergibt.

Weiter kommt er zu dem Ergebnis, daß Ausschluß jeder subjektiven Unrechtsbegründung unhaltbar sei. Er geht zunächst kurz auf die Fälle subjektiver Unrechtsbegründung ein, besonders auf die Delikte mit überschie-

7) Lehrbuch S. 185—186.

8) Die subjektiven Unrechtselemente. GS. Bd. 89 S. 207 ff.

ßender Innentendenz und einige Delikte mit „subjektiv gefärbten Tatbestandsmerkmalen", verneint jedoch die Möglichkeit einer rein subjektiven Unrechtsbegründung. Dann wendet er sich in eingehenden, umfangreichen Darlegungen den Fällen subjektiven Unrechtsausschlusses zu.

In einem späteren Aufsatz nimmt Mezger[9]) nochmals zur Frage der subjektiven Unrechtselemente Stellung, wobei er sich näher mit der subjektiven Unrechtsbegründung in ihren Einzelheiten befaßt. Er stellt drei Gruppen auf, bei denen nach seiner Meinung subjektive Unrechtselemente gegeben seien: Ausdrucksdelikte, Tendenzdelikte und Absichtsdelikte, und führt zur Erläuterung zahlreiche Beispiele an. Jedoch ändert Mezger in einem Punkt unter dem Einfluß Franks seine Ansicht dahin, daß diese subjektiven Elemente nicht nur Unrechts-, sondern auch zugleich Schuldelemente seien.

In seinem 1931 erschienenen Lehrbuch hat Mezger diese Theorie noch einmal klar und übersichtlich zusammengefaßt[10]).

Kritisch hat Zimmerl[11]) zu den subjektiven Unrechtselementen Stellung genommen. Er erkennt ihr Vorhandensein grundsätzlich an, und beschäftigt sich mit den von Mezger aufgestellten Gruppen und den von diesem aufgeführten Beispielen. Für zahlreiche Fälle weist er nach, daß die von Mezger angenommenen Unrechtselemente in Wahrheit objektiv aufzufassen seien. Insbesondere bei den Absichtsdelikten und einer Reihe von Tendenzdelikten lehnt Zimmerl das Gegebensein subjektiver Unrechtselemente im Gegensatz zu Mezger ab.

In der Frankfestgabe faßt Hegler[12]) nochmals in eingehenden Ausführungen die bisherigen Ergebnisse zusammen. Er setzt sich mit den kritischen Aeußerungen auseinander, die gegen diese Theorie überhaupt und gegen die Ausgestaltung, die er ihr gegeben hat, erhoben worden sind. Gegenüber abweichenden Ansichten Mezgers und

---

9) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände.

10) Lehrbuch S. 168 ff.

11) Zur Lehre vom Tatbestand, besonders S. 29 ff.

12) Subjektive Rechtswidrigkeitselemente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs.

Franks betont er erstens, daß diese subjektiven Elemente nur dem Gebiete der Rechtswidrigkeit und nicht zugleich dem Gebiete der Schuld angehören, und zweitens, daß subjektive Unrechtselemente nur geeignet seien, die Rechtswidrigkeit zu begründen, nicht aber, sie auszuschließen. Dann gibt er ebenfalls eine Einteilung der Delikte mit subjektiven Rechtswidrigkeitsmomenten in verschiedene Gruppen. Zum Schluß untersucht er die praktischen Auswirkungen dieser Theorie auf dem Gebiete der Notwehr, des Versuchs, des Irrtums, der Konkurrenz und — was im Rahmen der vorliegenden Arbeit besonders interessiert — der Täterschaft und Teilnahme.

Eberhard Schmidt hat sich bei der letzten Neubearbeitung des Lißtschen Lehrbuchs dieser Theorie ebenfalls grundsätzlich angeschlossen, wenn er auch in manchen Punkten nicht so weit geht wie Metzger. Bei der Behandlung der einzelnen Probleme legt er diese Theorie zugrunde und verwertet in vielen Fragen wie z. B. beim Versuch und der Teilnahme ihre Ergebnisse.

III. Der heutige Stand der Theorie der subjektiven Unrechtselemente.

Wenn es sich darum handelt, eine Uebersicht über den heutigen Stand der Theorie der subjektiven Unrechtselemente zu geben, das heißt, in kurzen Zügen das Wesentliche dieser Lehre herauszuheben, soweit dies nicht schon im vorigen Abschnitt geschehen ist, so muß man im Auge behalten, daß diese Theorie noch sehr jung ist und erst in den letzten Jahren weiter ausgebaut wurde. Daher sind viele Fragen, die sich an sie anschließen, noch recht ungeklärt, und man kann nur wenig als unbestritten zugrunde legen.

Die beiden Autoren, die sich eingehender mit der Gesamtheit dieser Fragen beschäftigt haben, sind Hegler und Mezger. Die anderen Autoren, soweit sie Gelegenheit hatten, zu dieser Theorie Stellung zu nehmen, haben sich im wesentlichen damit begnügt, die gewonnenen Ergebnisse zu übernehmen oder die Theorie überhaupt abzulehnen. Daher muß in erster Linie auf die Darstellung Heglers und Mezgers zurückgegriffen werden.

Die Grundlage der Theorie der subjektiven Unrechtselemente ist die Erkenntnis, daß Unrecht objektiver Widerstreit gegen die Normen des Rechts ist. Die subjektiven Beziehungen des Täters zu seinem Handeln sind im allgemeinen nur bedeutsam für die persönliche Zurechnung, für die Schuld. Diese Grundsätze sollen jedoch nicht ausnahmslos für alle Delikte gelten. Es gehe nicht an, das Unrecht rein objektiv zu bestimmen.

Mit Recht weist Hegler[13]) darauf hin, daß für das Recht allein die wertende, normative Betrachtungsweise Geltung haben könne. Die Gleichstellung von objektiv mit den der Außenweltswirklichkeit angehörenden, subjektiv mit den der Innenweltswirklichkeit angehörenden Momenten sei jedoch die Folge einer naturalistischen, kognitiven Betrachtungsweise, die für die Rechtswissenschaft keine Berechtigung habe. Unter „objektiv" müsse vielmehr die sachliche Bedeutung der Tat, unter „subjektiv" die persönliche Bedeutung verstanden werden. Für die sachliche Bedeutung seien zwar ganz überwiegend Momente der Außenwirklichkeit und umgekehrt maßgebend und daher rühre auch die lange Herrschaft dieses mißverstandenen Gegensatzes, doch sei dies nicht ausnahmslos der Fall. Vielmehr gehörten in zahlreichen Fällen subjektive, Innenweltsmomente der Rechtswidrigkeit und objektive, Außenweltsmomente der Schuld an. Der Gesetzgeber habe sich in einzelnen Tatbeständen mit einem Teil der objektiven Unrechtsvoraussetzungen begnügt und zur Ergänzung dieser auf die seelische Einstellung des Täters verwiesen. Während Hegler diese Elemente nur der Rechtswidrigkeit zurechnet, betonen Mezger und Frank, daß sie zugleich Schuldmomente seien.

Einen Mangel dieser Theorie bedeutet es, daß sie keinen allgemeinen Maßstab dafür angeben kann, wann im Einzelfall subjektive Unrechtselemente vorliegen. Dies könne nur durch Untersuchung der einzelnen Tatbestände des positiven Rechts erkannt werden.

Die Unmöglichkeit, ein allgemeines Kennzeichen zur Erkennung und Abgrenzung der Delikte mit subjektiven Unrechtselementen aufzustellen, führt notwendig zu einer gewissen Unsicherheit und Unbestimmtheit. Um einige Anhaltspunkte zu geben, haben sowohl Hegler wie auch Mezger

13) Festgabe für Frank Bd. 1 S. 302 ff.

versucht, die Hauptarten dieser Delikte zu beschreiben und mehrere Gruppen solcher Delikte aufgestellt.

Am klarsten und einfachsten erscheint die Einteilung Mezgers in seinem Lehrbuch[14]). Die erste Gruppe bilden bei ihm die „Absichtsdelikte in Form der sogenannten verkümmert zweiaktigen Delikte", bei denen die Tat als subjektives Mittel zu eigenem weiteren Handeln gewollt werde, bei denen die Tat also nach dem Willen des Täters ihm seine weitere Tätigkeit ermöglichen soll. Als Beispiel führt Mezger die Falschmünzerei, § 146 StGB. an. Dieser Gruppe dürften bei Hegler[15]) die „Delikte mit überschießender Innentendenz", Untergruppe „Nachaktsabsichtsdelikte" entsprechen.

Die zweite Gruppe bilden bei Mezger die „Tendenzdelikte", bei denen hinter dem objektiven Verhalten eine bestimmte Tendenz liegt, z. B. Eigennutz, Gewinnsucht oder sexuelle Motive. Hegler bezeichnet diese Fälle als „Delikte mit sinngebender Absicht". Beispiele dafür sind §§ 258, 174 StGB. Mezger rechnet unter diese Gruppe auch die koupierten Erfolgsdelikte wie z. B. die Giftbeibringung, § 229 StGB., bei denen der Täter handelt, damit ein bestimmter Erfolg von selbst, ohne weiteres Handeln des Täters eintritt. Bei Hegler bilden diese Delikte eine besondere Untergruppe „Erfolgsabsichtsdelikte" der Delikte mit überschießender Innentendenz.

Die dritte Gruppe bezeichnet Mezger als „Ausdrucksdelikte", bei denen die Handlung als Ausdruck eines seelischen Vorgangs im Täter erscheine. Bei Hegler entspricht ihnen die Gruppe der „Fälle vorausgesetzter psychologischer Situation oder psychologischer Wirkung". Ein Beispiel für diese nicht allzu zahlreichen Delikte bietet der Ueberzeugungseid in § 153 StGB.

Im wesentlichen ist also die Einteilung Heglers und Mezgers die gleiche und die Gruppen decken sich im allgemeinen, wenn auch die Bezeichnungen der Gruppen verschieden sind. Zur Uebersicht sollen die Einteilungen Heglers und Mezgers noch einmal gegenübergestellt werden.

---

14) Lehrbuch S. 172 f.

15) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 306 ff.

Mezger	Hegler
Absichtsdelikte	Delikte mit überschießender Innentendenz, Untergruppe: Nachaktsabsichtsdelikte.
Tendenzdelikte	Delikte der sinngebenden Absicht. Delikte mit überschießender Innentendenz, Untergruppe: Erfolgsabsichtsdelikte.
Ausdrucksdelikte	Delikte vorausgesetzer psychologischer Situation oder psychologischer Wirkung.

Kapitel II.

Die Teilnahmetheorien.

I. Die subjektive Teilnahmetheorie.

Bevor das eigentliche Problem der Arbeit behandelt werden kann, muß noch kurz auf die Teilnahmetheorien eingegangen werden und das für unsere Fragestellung Wichtigste hervorgehoben werden. Dabei sollen nur die subjektive Theorie und die objektive Theorie in der heut vertretenen Ausprägung berücksichtigt werden, nicht jedoch die materiell-objektive Theorie im Sinne Birkmeyers, die auf der Scheidung von Ursache und Bedingung beruht. Dieser Unterschied in der Kausalität wird mit Recht im Strafrecht überwiegend abgelehnt, und daher wird die auf ihm beruhende Teilnahmetheorie kaum noch vertreten und ist praktisch ohne Bedeutung.

Es ist durchaus denkbar, einen gleichen Strafrahmen aufzustellen für alle Personen, die bei der Begehung einer Straftat in irgendeiner Weise mitwirken. Es bleibt dann dem Richter überlassen, im Einzelfalle eine Scheidung unter den verschiedenen Beteiligten nach der Größe ihres Tatanteils oder ihrer Schuld oder anderen Gesichtspunkten vorzunehmen und dementsprechend verschieden hohe Strafen für die Einzelnen festzusetzen. Diesen Weg ist das deutsche Strafrecht — in Uebereinstimmung mit fast allen ausländischen Rechten — nicht gegangen, sondern es hat eine Scheidung in Täter und Teilnehmer vorgenommen. Ueber die Abgrenzung der einzelnen Begehungsformen voneinander, insbesondere der Mittäterschaft von der Beihilfe, herrscht Streit. Je nach den Merkmalen, nach denen die Unterscheidung vorgenommen wird, lassen sich eine objektive und eine subjektive Teilnahmetheorie unterscheiden.

Für die subjektive Theorie ist ausschlaggebend das „Uebergewicht" im Subjektiven, im Willen. Ihre Anhänger

gehen meist aus von der Aequivalenztheorie[1]). Da alle Bedingungen eines Erfolges gleichwertig seien, lasse sich zwischen Täter und Teilnehmer objektiv kein maßgebender Unterschied finden.

Er müsse daher auf der subjektiven Seite, in der Willensrichtung gesucht werden. Nagler[2]) bringt den Gedanken, daß der Wille ausschlaggebend sei, mit folgenden Worten zum Ausdruck: „Der Wille liegt nun aber vor der Tat, er ist das Primäre und darum auch das Bestimmende jener. Die Tat ist das Mittel, womit sich die subjektive Seite in die Wirklichkeit umsetzt. Der natürliche und darum ausschlaggebende Ausgangspunkt kann füglich nur der Wille sein". Wenn sich auch die Anhänger der subjektiven Theorie in den Grundzügen einig sind, so bereitet doch die genaue und praktisch brauchbare Formulierung dieser Gedanken, des Unterschiedes in der subjektiven Einstellung des Täters und des Teilnehmers Schwierigkeiten. Letzten Endes will ja auch der Teilnehmer die Straftat und ihren Erfolg. Zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt die Formulierung, die von Buri dieser Theorie gegeben hat. Nach ihm ist für den Täter das Handeln im eigenen Interesse, das unbedingte Wollen der Straftat kennzeichnend, während der Gehilfe im fremden Interesse handle, sein Wollen der Straftat bedingt sei durch den Willen des Haupttäters. Zur Bezeichnung dieser verschiedenen Willensrichtung hat von Buri die Begriffe „animus auctoris" und „animus socii" geprägt. Besonders die Hervorhebung des unbedingten und des bedingten, von den Entschlüssen des Haupttäters abhängigen Wollens scheint mir wichtig zu sein und eine Abgrenzung leichter zu ermöglichen als das Abstellen auf eigene und auf fremde Interessen, da sich ja häufig bei dem Teilnehmer eigene Interessen mit den fremden verknüpfen werden und nur selten ein Gehilfe ganz im fremden Interesse handeln wird.

In der von Buri gewählten Ausprägung hat sich die subjektive Teinahmetheorie auch die reichsgerichtliche Judi-

---

1) Vgl. besonders v. Buri: Zur Lehre von der Teilnahme und GS. 19 S. 278 f.
Jedoch ist die Anerkennung der Äquivalenztheorie nicht notwendig Voraussetzung für eine subjektive Teilnahmetheorie; vgl. Nagler: Teilnahme am Sonderverbrechen S. 119 ff.

2) Teilnahme am Sonderverbrechen S. 43.

katur und damit überhaupt die Praxis erobert, wenn sie auch von der Praxis nicht rein vertreten wird, sondern objektive Gesichtspunkte eine gewisse Rolle spielen.[3])

II. Die objektive Teilnahmetheorie.

In der Wissenschaft hat dagegen die objektive Teilnahmetheorie die Oberhand erlangt[4]). Ihre neueren Vertreter erkennen zwar meist die kausale Gleichwertigkeit aller Bedingungen für einen Erfolg an, betonen jedoch, daß kausale Gleichwertigkeit noch nicht gleichbedeutend mit juristischer Wertgleichheit sei. Es stehe nichts im Wege, nach der Feststellung, welche Bedingungen kausal für den Erfolg gewesen seien, eine juristische Wertung unter diesen Bedingungen nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen. So führt Mezger[5]) aus: „Der Schluß aus der kausalen Gleichwertigkeit der verschiedenen Bedingungen auf ihre Wertgleichheit ist — genau wie in der Versuchslehre — ein Trugschluß und ein Verstoß gegen die Grundlagen emotionaler Logik. Aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Glieder einer Ursachenreihe folgt nicht ihre juristische Wertgleichheit. Einer objektiven Unterscheidung unter den einzelnen, zum Erfolg führenden Bedingungen steht aus logischen Erwägungen mithin keinerlei Hindernis entgegen".

Den entscheidenden Gesichtspunkt, nach dem die Abgrenzung vorzunehmen ist, gibt das Gesetz selbst an, wenn es im § 47 StGB. von „ausführen", und im § 49 StGB. von „Hilfe leisten" spricht. „Ausführen" bedeutet hier ebenso wie in § 43 StGB. die Vornahme einer Tatbestandshandlung. Wer eine solche Tatbestandshandlung vornimmt, ist daher Täter, wer dagegen nur Unterstützungshandlungen vornimmt, Teilnehmer. Ausgangspunkt dieser „formal-objektiven" Theorie sind also die Tatbestände. Unter Zu-

---

3) Vgl. Mezger: Lehrbuch S. 442 f. und die dort angeführten Entscheidungen.

4) Vgl. Allfeld: Lehrbuch S. 216,
Beling: Lehre vom Verbrechen S. 408 ff.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Anm. II vor § 47, S. 103 ff.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht Bd. II S. 452 ff.
Wegner: Teilnahme S. 103 ff.

5) Lehrbuch S. 443 f.
Ähnlich v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch S. 335 Anm. 16.

grundelegung dieser Gedankengänge lassen sich dann leicht die einzelnen Formen der Mitwirkung an einer Straftat nach objektiven Gesichtspunkten voneinander abgrenzen. So ist für die Täterschaft in ihren verschiedenen Erscheinungsformen wie Einzel-, Mit- und mittelbarer Täterschaft das selbständige „Ausführen", das heißt die Vornahme der im Tatbestand des Strafgesetzes bezeichneten Handlung wie z. B. bei § 211 StGB. das Töten, bei § 242 StGB. das Wegnehmen maßgebend. Für die Beihilfe ist dagegen das „Hilfe leisten", das Unterstützen der Straftat und für die Anstiftung das „Anstiften", das Bestimmen eines anderen zu der von diesem ausgeführten Straftat wesentlich.

Freilich darf man die Schuldseite in diesem Zusammenhang nicht außer Acht lassen. Die objektiven Umstände allein genügen noch nicht, sie müssen auch vom Willen umfaßt sein, die Schuld muß der Handlung entsprechen. Jedoch taucht diese Frage erst nach der Feststellung auf, was objektiv für eine Handlung vorliegt. Nie ist der Wille imstande, einen Mangel auf der objektiven Seite zu ersetzen. Immer liegt bei dieser Theorie der Schwerpunkt auf dem objektiven Verhalten der Beteiligten und nach diesem entscheidet es sich in erster Linie, in welche der Teilnahmekategorien der Betreffende einzuordnen ist. Glaubt also beispielsweise jemand, eine Tatbestandshandlung auszuführen, während er in Wahrheit nur eine Beihilfehandlung vornimmt, so kann er nur als Gehilfe bestraft werden.

Kapitel III.

Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die objektive Teilnahmetheorie.

I. Die Einzeltäterschaft.

Nach der Darstellung der Teilnahmetheorien können wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, der Untersuchung, welchen Einfluß die Theorie der subjektiven Unrechtselemente auf die Teilnahmetheorien hat, welche Abwandlungen die Begriffe der Täterschaft in ihren verschiedenen Formen, der Beihilfe und der Anstiftung durch sie erfahren.

Für die Einzeltäterschaft wirkt sich die Veränderung praktisch naturgemäß nicht aus. Der Einzeltäter, der die Straftat ganz allein ohne fremde Mithilfe oder Unterstützung ausführt, muß alle objektiven wie subjektiven Tatbestandsmerkmale allein verwirklichen. Ob man das eine Merkmal zum Unrecht oder zur Schuld rechnet, kann für den theoretischen Aufbau des allgemeinen Tatbestandes oder des besonderen Tatbestandes eines bestimmten Deliktes von Bedeutung sein. Es spielt jedoch für die Entscheidung der Frage, ob jemand Einzeltäter einer bestimmten Straftat ist, keine Rolle. Entscheidend hierfür ist, ob bei ihm alle erforderlichen Merkmale vorliegen, gleichgültig ist ihre theoretische Eingliederung.

Sehr groß ist aber die Bedeutung dieser Lehre für das Zusammenwirken mehrerer Personen und für die Beantwortung der Frage, ob der einzelne Mitwirkende als Täter — und zwar als unmittelbarer Alleintäter oder als Mittäter oder als mittelbarer Täter — anzusehen ist, oder als Anstifter, Gehilfe oder nur als Werkzeug.

II. Mittäterschaft und Beihilfe.

Zuerst sollen die Mittäterschaft und die Beihilfe und ihre Abgrenzung voneinander behandelt werden. Ebenso, wie sich an diesem Punkte besonders deutlich die Verschiedenheit und praktische Bedeutung der objektiven und der subjektiven Teilnahmetheorie zeigen, so wird hier der Einfluß der Theorie der subjektiven Unrechtselemente erkennbar.

Die objektive Teilnahmetheorie geht — wie schon erwähnt — davon aus, daß die Mittäter die Tat gemeinsam „ausführen", das heißt, daß jeder Mittäter einen Teil des objektiven, im Gesetz festgelegten Tatbestandes verwirklicht. Nach der bisherigen Scheidung des Tatbestandes in einen objektiven und einen subjektiven Teil, wobei alle äußeren Merkmale dem objektiven, alle inneren dem subjektiven Teil zugerechnet wurden, mußte jeder Mittäter eine der im Tatbestand des Deliktes aufgestellten Handlungen vollziehen. So mußte der Mittäter beim Diebstahl an dem Wegnehmen beteiligt sein, der Mittäter bei der Giftbeibringung mußte selbst Gift beibringen, der Mithehler eine der im § 259 StGB. bezeichneten Handlungen vornehmen. Der Mittäter mußte also in entscheidender, für das betreffende Delikt charakteristischer Weise äußerlich tätig werden.

Stellt man jedoch anstelle des Gegensatzes objektiv — subjektiv den Gegensatz Unrecht — Schuld, und rechnet man subjektive Elemente zu den Merkmalen, die das Unrecht mitbegründen, z. B. in § 242 StGB. die Zueignungsabsicht, in § 229 StGB. die Absicht der Gesundheitsschädigung, in § 259 StGB. das Streben, sich einen Vorteil zu verschaffen, so ändert sich der Begriff der Täterschaft. Am deutlichsten tritt dieser Unterschied bei der Mittäterschaft hervor, daher soll er an dieser Stelle behandelt werden, obwohl die gleichen Gedankengänge bei den anderen Formen der Täterschaft in gleicher Weise zutreffen.

Zwei grundsätzlich verschiedene Auffassungen über die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente im Aufbau des Tatbestandes und dementsprechend in dem des Täterbegriffes lassen sich unterscheiden, die bei zahlreichen Teilnahmefragen zu verschiedenen Ergebnissen führen.

Die eine Auffassung stellt die für die Unrechtsbegründung erforderlichen subjektiven Elemente den äußeren

Merkmalen hinsichtlich ihres Wertes für die Begründung der Täterschaft völlig gleich. Dann wird der, bei dem das subjektive Element vorliegt, allein dadurch zum Mittäter gemacht, selbst wenn seine sonstige Mitwirkung an der Ausführung der Straftat eine durchaus untergeordnete ist und er keine der im Gesetz bezeichneten Tatbestandshandlungen vollzieht. Denn er ist eben durch das Fassen der für das Delikt typischen Absicht, Tendenz usw. an der Begründung des Unrechts in maßgebender Weise beteiligt.

Wer also beispielsweise seinen Freunden, die einen Diebstahl planen, Werkzeuge zum Erbrechen einer Tür zur Verfügung stellt in der Erwartung, die Freunde würden ihm nach dem gelungenen Diebstahl einen Anteil an der Beute überbringen und er werde sich diesen zueignen können, ist Mittäter des Einbruchsdiebstahls. Wer einem Dritten die Gelegenheit zur Vornahme unzüchtiger Handlungen an Minderjährigen verschafft, um seine eigene Wollust bei dem Anblick zu befriedigen, ist Täter und nach § 176 Ziffer 3 StGB. zu bestrafen, selbst wenn er in keiner Weise äußerlich bei der Vornahme der Handlungen mitwirkt. Hier geht also diese Theorie weit über die subjektive Teilnahmetheorie in der vom Reichsgericht vertretenen Form hinaus, da das Reichsgericht wenigstens ein gewisses Mindestmaß äußerer Mitwirkung beim Mittäter erfordert.

Gehilfe ist dagegen im Gegensatz zum Mittäter derjenige, der weder eine äußere tatbestandsmäßige Handlung vornimmt noch das subjektive Unrechtselement aufweist. Gehilfe wäre also nach dem obigen Beispiel derjenige, der einem anderen die Gelegenheit zur Vornahme unzüchtiger Handlungen verschafft, damit der andere diese Handlungen allein vornimmt und seine Wollust dabei befriedigt, während der die Gelegenheit Verschaffende selbst keine sexuellen Tendenzen hat. Wer selbst die Absicht, Tendenz usw. hat, ist nach dieser Ansicht stets Täter.

Diese Ausprägung der Teilnahmetheorie wird von Mezger[1]) vertreten. Nach ihm ist Täter jeder, der „am Tatbestand" — sei es auch ohne Verwirklichung eines äußeren Tatbestandsmerkmals nur mit der vom Gesetz geforderten „Absicht" usw. — teilnimmt, während für den Gehilfen

1) Festschrift für Träger S. 208.

die sonstigen Formen der Mitverursachung des Erfolgs außerhalb der „Tatbestands"-sphäre übrig bleiben.

Neben dieser Auffassung wird noch eine andere Begriffsbestimmung der Mittäterschaft bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen vertreten. Man kann das subjektive Element als zusätzliches Merkmal neben der Vornahme einer äußeren tatbestandsmäßigen Handlung erfordern. Mittäter ist dann — ebenso wie Einzeltäter und mittelbarer Täter — nur, wer das subjektive Unrechtselement aufweist. Mittäter des Diebstahls ist nur, wer selbst die Zueignungsabsicht hat, Mittäter des Betruges, wer in Bereicherungsabsicht handelt.

Vertreten wird diese Ansicht von Eberhardt Schmidt [2]).

III. Die mittelbare Täterschaft.

Bei der mittelbaren Täterschaft sind die gleichen Gesichtspunkte maßgebend, die schon bei der Mittäterschaft hervorgehoben wurden. Mittelbarer Täter kann nur der sein, in dessen Person das subjektive Unrechtselement vorhanden ist. Andererseits genügt es hier auch nach der Ansicht Eberhard Schmidts, wenn der mittelbare Täter nur dieses subjektive Merkmal aufweist, denn es ist ja gerade das Besondere der mittelbaren Täterschaft, daß dem mittelbaren Täter das Handeln des Werkzeugs als eigenes angerechnet wird. Der Täter nimmt hier eben mittelbar, mit Hilfe des Werkzeugs, die Tatbestandshandlung vor. Bei der mittelbaren Täterschaft kam es stets auf das subjektive Verhalten des Täters, auf seine Gesinnung und Absicht, in entscheidender Weise an. Daher spielt hier der bei der Mittäterschaft so wesentliche Unterschied der Auffassungen Mezgers und Schmidts nur eine geringe Rolle.

Das vielumstrittene Problem des „dolosen" Werkzeugs bietet bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen keine besonderen Schwierigkeiten. Wer die für das Delikt typische Absicht oder Tendenz hat und einen anderen zur Ausführung des Deliktes bestimmt, ist als mittelbarer Täter zu bestrafen, falls der andere diese Absicht nicht hat, selbst wenn er im übrigen mit Wissen und Wollen aller objektiven Tatumstände handelt. In diesem Ergebnis

2) Liszt-Schmidt: Lehrbuch S. 334 ff.

sind sich alle Anhänger der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen einig, wenn auch die Begründung bei ihnen zum Teil verschieden ist.

Hegler [3]) legt das Gewicht darauf, daß der Bestimmende das entscheidende Rechtswidrigkeitsmoment gesetzt hat und betont, daß ihn dieses Uebergewicht zum mittelbaren Täter mache, während beim Werkzeug dieses spezifische Rechtswidrigkeitsmoment fehle.

Ueberzeugender erscheint die Begründung Eberhard Schmidts [4]), der darauf abstellt, daß mangels Fehlens des subjektiven Unrechtselements in der Person des Werkzeugs diesem kein Schuldvorwurf gemacht werden könne. Die tatbestandsmäßige Rechtswidrigkeit, die Voraussetzung und Grundlage jedes Schuldvorwurfs sei, sei beim Werkzeug nicht vorhanden. Daher fehle ihm der für das Delikt typische Vorsatz, sodaß man hier — ebenso wie in allen übrigen Fällen der mittelbaren Täterschaft — von einem vorsatzlosen Werkzeug sprechen müsse. Bei gewissen Delikten sei eben der Vorsatz entsprechend ihrer Eigenart von besonderen Erfordernissen abhängig wie z. B. beim Diebstahl von der Zueignungsabsicht, beim Betrug von der Bereicherungsabsicht.

Diesen Ausführungen Schmidts ist in vollem Umfange beizupflichten. Das sogenannte „dolose" Werkzeug weist gar nicht den typischen Deliktsvorsatz auf. Dies ist der Grund dafür, daß man es nicht in vollem Umfange für sein Tun zur Verantwortung ziehen kann, sondern daß der Hintermann als eigentlicher Täter erscheint. Weiter aber lassen diese Gedankengänge erkennen, daß man die subjektiven Unrechtselemente nicht nur als Unrechtselemente auffassen kann, sondern daß sie auch für die Schuld Bedeutung haben. Die typische subjektive Einstellung des Täters begründet nicht nur die Rechtswidrigkeit seiner Handlung, sondern sie begründet ebenfalls den Schuldvorwurf, sie ist unentbehrlicher Bestandteil des diesem Delikt eigentümlichen Vorsatzes.

Die Verschiedenheit der Auffassungen über das Verhältnis der subjektiven Unrechtselemente zu den äußeren Tat-

---

3) Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 308 ff.

4) Die mittelbare Täterschaft S. 123 ff.

bestandshandlungen zeigt sich bei der Entscheidung des Falles, in dem der unmittelbar Handelnde die Absicht seines Hintermannes zwar kennt, sie sich jedoch nicht selbst zu eigen macht. Bewertet man die subjektiven Unrechtselemente ebenso wie die Tatbestandshandlungen, so muß man beide Mitwirkende als Mittäter ansehen, denn jeder hat einen Teil des zur Unrechtsbegründung erforderlichen Tatbestandes verwirklicht, sodaß sie in gemeinsamem Handeln den gesamten Tatbestand erfüllt haben. Jedem wird vermöge ihres gemeinsamen, bewußten Zusammenwirkens der Tatanteil des anderen als eigener zugerechnet. Ob der eine Mittäter wußte, daß der andere seine Absichten kannte, ist bedeutungslos.

Betrachtet man dagegen das subjektive Unrechtselement als zusätzliches — und zwar unerläßliches — Erfordernis beim Täter, so kann der unmittelbar Handelnde nicht als Mittäter bestraft werden, da in seiner Person ja nicht die Absicht vorliegt. Denn wie Hegler [5]) von seinem Standpunkt aus richtig gegenüber Mezger bemerkt, ist Kenntnis einer fremden Absicht noch nicht Besitz der eigenen Absicht. Das verschiedene Ergebnis Mezgers ist eben in der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Auffassung begründet und stellt nur die folgerichtige Durchführung seiner abweichenden Ansicht dar.

Mezger [6]) und Eberhard Schmidt [7]) weisen beide mit Recht darauf hin, daß besonders bei den Absichts- und Tendenzdelikten die mittelbare Täterschaft eine große Rolle spielt, während bei den Ausdrucksdelikten kein Raum für sie ist. Nicht selten bedient sich jemand, bei dem eine gewisse Tendenz oder Absicht vorliegt, zur Verwirklichung dieser eines schuldlos oder doch wenigstens ohne diese Tendenz Handelnden. Fälle dieser Art lassen sich zahlreich anführen, z. B. A., der einer staatsfeindlichen Partei angehört und den Behörden Schwierigkeiten bereiten will, veranlaßt den B., eine öffentlich angeschlagene Bekanntmachung abzureißen, indem er ihm vorspiegelt, die Bekanntmachung gelte nicht mehr und könne Irrtümer hervorrufen (§ 134

5) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 320 Anm. 4.

6) Lehrbuch S. 420 f.

7) Lehrbuch S. 332.

StGB.) oder T. beauftragt den W., dem Beamten B. eine Geldsumme anzubieten, damit B. zugunsten des T. eine Dienstpflichtverletzung begeht, ohne daß W. von der Absicht des T. weiß (§ 333 StGB.).

IV. Die Anstiftung.

Für die Anstiftung und besonders für ihre Abgrenzung gegenüber der mittelbaren Täterschaft gelten die bisher entwickelten Gedanken in ganz entsprechender Weise. Anstifter ist, wer einen anderen zur Ausführung einer Straftat bestimmt. Bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen kann von Anstiftung nur die Rede sein, wenn der Ausführende dieses Unrechtselement schon hatte oder wenn es von dem Bestimmenden in ihm hervorgerufen wird, ohne daß der Bestimmende selbst die Absicht oder Tendenz aufweist. Denn derjenige, in dessen Person das Unrechtselement vorliegt, ist stets Täter, niemals Anstifter, da er ja durch dieses subjektive Element an der Begründung des Unrechts unmittelbar beteiligt ist.

Daß der Anstifter in dem Angestifteten die für das Delikt charakteristische Absicht oder Tendenz hervorruft, ist nicht erforderlich; Anstiftung liegt auch vor, wenn der Ausführende diese Absicht schon vorher hatte und der Anstifter die in dem Täter etwa noch vorhandenen Bedenken durch irgendwelche Mittel beseitigt. Denn die Absicht oder Tendenz, die bei einem Delikt als subjektives Unrechtselement die Rechtswidrigkeit begründet, braucht keineswegs immer gleichbedeutend zu sein mit dem Entschluß, die Tat auszuführen. So kann jemand fest entschlossen sein, sich eine Sache anzueignen, wenn er sie erst im Besitze haben wird; er kann aber immer noch aus irgendwelchen Gründen, z. B. Furcht vor Entdeckung oder Mißlingen, vor der Wegnahme zurückschrecken. Beseitigt ein anderer diese Furcht in dem Täter, sodaß dieser die Tat ausführt, so muß der andere als Anstifter bestraft werden. Er hat durch Beseitigung dieser Furcht die Ausführung der Tat bewirkt; ohne seine Mitwirkung hätte sich der Täter vielleicht durch diese Furcht von der Tat abschrecken lassen. Legt man den Begriff der Anstiftung — wie es mir geboten scheint — weit aus und rechnet unter sie alle Fälle, in denen die Einwirkung eines anderen auf den Täter bestimmend für die Begehung der Tat gewe-

sen ist, so sind jedenfalls auch derartige Fälle wie die Beseitigung von Hemmungen in der Seele des Täters als Anstiftung zu bestrafen. Neigt man dagegen einer engen Auslegung zu und läßt die Beseitigung von Bedenken bei einem Täter, der schon von sich aus die Tat ins Auge gefaßt hat, sich aber von ihrer Ausführung durch irgendwelche Bedenken zunächst hat abhalten lassen, nicht zur Anstiftung genügen, so können diese Fälle höchstens als psychische Beihilfe bestraft werden.

Andererseits muß es aber auch genügen, wenn der Anstifter sich darauf beschränkt, nur das subjektive Unrechtselement in dem Täter hervorzurufen,denn erst dadurch wird die Rechtswidrigkeit begründet, erst dadurch erhält das Handeln des Täters den Charakter der betreffenden Straftat.

Kapitel IV.

Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und der Gegensatz der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie.

Der Einfluß der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen auf die subjektive Teilnahmetheorie ist naturgemäß nicht so bedeutend wie der auf die objektive Theorie. Die subjektive Teilnahmetheorie nimmt ja die Unterscheidung der Teilnahmeformen sowieso nach subjektiven Gesichtspunkten vor. Das Handeln im eigenen Interesse, das bei der subjektiven Teilnahmetheorie für den Täter kennzeichnend ist, wird in den meisten Fällen gleichbedeutend sein mit dem Vorliegen des subjektiven Unrechtselementes in seiner Person. Denn in dem subjektiven Unrechtselement kommt ja meist Zweck und Ziel des Täters und der Erfolg der Straftat zum Ausdruck. Der Dieb handelt im eigenen Interesse, wenn er beabsichtigt, sich die gestohlenen Gegenstände zuzueignen; der Hehler handelt im eigenen Interesse, wenn er die vom Vortäter

auf unrechte Weise erlangten Sachen an sich bringt, um daraus einen Vorteil zu ziehen. Umgekehrt wird derjenige, der im fremden Interesse handelt, also nach der subjektiven Teilnahmetheorie Gehilfe ist, meist nicht die für das Delikt typische Absicht oder Tendenz besitzen.

Jedoch braucht das Vorliegen des subjektiven Unrechtselementes nicht in allen Fällen mit dem Handeln im eigenen Interesse identisch zu sein. Beispiele, wo beides auseinander fallen kann, sind §§ 134, 135 StGB. Wenn A und B gemeinsam öffentlich angeschlagene Bekanntmachungen von Behörden abreißen und beide mit einer dem Staat feindlichen Gesinnung, also böswillig, handeln, jedoch nur A im konkreten Fall einen bestimmten Zweck verfolgt, B dagegen nur mitmacht und von den Absichten des A nichts weiß, oder sie für aussichtslos hält, weist B zwar eine böswillige Tendenz auf, handet aber nicht im eigenen Interesse, sondern in dem des A. In diesen Fällen würde die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen zu anderen Ergebnissen führen, als die subjektive Teilnahmetheorie. Diese Fälle sind aber sehr selten; in den meisten Fragen wird die subjektive Teilnahmetheorie nicht entscheidend beeinflußt.

Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen führt weiter zu der Frage, ob durch sie der Gegensatz objektive — subjektive Teilnahmetheorie gegenstandslos wird. Man könnte meinen, auf der Grundlage dieser Lehre lasse sich überhaupt nur noch eine einzige, besonders geartete Teilnahmelehre vertreten, für die der Unterschied, der für die Trennung der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie maßgebend ist, keine Rolle mehr spiele. Die objektive Teilnahmetheorie werde durch sie so weitgehend subjektiviert, daß keine grundlegende Verschiedenheit gegenüber der subjektiven Teilnahmetheorie bestehe.

Richtig ist dabei jedenfalls, daß man bei Annahme subjektiver Unrechtselemente streng genommen von einer objektiven Teilnahmetheorie nicht mehr sprechen kann, denn die Theorie der subjektiven Unrechtselemente räumt in der Teilnahmelehre auch bei Zugrundelegung der objektiven Teilnahmetheorie in vielen Fällen subjektiven Elementen eine ausschlaggebende Rolle ein. Insofern hat Hegler recht, wenn er hervorhebt, daß der Gegensatz objektive

— subjektive Teilnahmetheorie durch die Annahme subjektiver Unrechtselemente gesprengt werde[1]). Den gleichen Gedanken betont auch Mezger, wenn er in diesem Zusammenhange ausführt, daß „die ganze Fragestellung eine von vornherein verkehrte" sei und es „nicht auf den Gegensatz von subjektiv und objektiv, sondern auf denjenigen von Unrecht (Tatbestand) und Schuld" entscheidend ankomme[2]).

Trotzdem scheinen mir die Gedanken, die der objekjektiven und der subjektiven Teilnahmetheorie zugrunde liegen, auch bei Annahme der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ihre Bedeutung zu behalten. Diese Lehre wandelt die beiden Theorien zwar ab — die objektive mehr als die subjektive — aber sie nähert sie doch nicht so einander an, daß der Gegensatz bedeutungslos würde.

Man muß sich immer noch entscheiden, ob man beim Täter grundsätzlich die Vornahme einer Ausführungshandlung verlangen (wenn man auch in gewissen Fällen das Vorliegen eines subjektiven Elements dem gleichsetzt oder das subjektive Element als zusätzliches Merkmal fordert) oder ob man nur auf die Willensrichtung als entscheidend abstellen will.

Allerdings scheint mir die Ansicht Mezgers[3]), Täter sei auch derjenige, der ohne Vornahme einer Tatbestandshandlung nur mit der dem Delikt eigentümlichen Absicht oder Tendenz teilnimmt, mit der objektiven Teilnahmetheorie im bisherigen Sinne nicht vereinbar, da in einem solchen Falle von einem „Ausführen" keine Rede sein kann. Für die Delikte mit subjektiven Unrechtselementen wird damit die objektive Teilnahmetheorie in einer Reihe von Fällen aufgegeben. Es ist Eberhard Schmidt[4]) durchaus beizustimmen, wenn er gegen diese Ansicht Stellung nimmt und ausführt, durch die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen werde der Unterschied von objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie im bisherigen Sinne keineswegs aufgehoben.

---

1) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 318 f.
2) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 207/208.
3) Festschrift für Träger S. 208.
4) Liß-Schmidt: Lehrbuch S. 336 Anm. 18.

Kapitel V.

Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die Akzessorietät der Teilnahme.

Ein wichtiger Grundsatz, nach dem das geltende Recht die Teilnahme ausgestaltet hat, ist die Akzessorietät der Teilnahme. Zur Bestrafung des Anstifters und des Gehilfen ist nach den Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs eine rechtswidrige und schuldhafte Haupttat Voraussetzung.

Ueber die Zweckmäßigkeit des Erfordernisses der Akzessorietät, besonders in seiner heutigen Form, herrscht Streit. Von Hippel[1]) lehnt die akzessorische Natur der Teilnahme de lege ferenda überhaupt ab und bezeichnet die positive Regelung als verfehlt. Der größte Teil der anderen Autoren will sie wenigstens dahin eingeschränkt wissen, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung des Täters zur Bestrafung der Teilnehmer genügt und das Erfordernis der Schuld in der Person des Täters fallen gelassen wird. Sie fordern eine „limitierte" oder beschränkte Akzessorietät. Das geltende Recht hat für die Teilnahme an Taten Jugendlicher dieser Forderung in § 4 JGG. Genüge getan und § 31 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1930 will diese Regelung auf das gesamte Strafrecht ausdehnen.

In der Tat scheint die beschränkte Form der Akzessorietät am zweckmäßigsten. Einerseits ist die Teilnahme ihrem Wesen nach etwas Unselbständiges und setzt eine rechtserhebliche Haupttat voraus. Andererseits besteht aber kein Grund, den Teilnehmer an einer rechtswidrigen Haupttat straflos zu lassen, weil der Täter schuldlos gehandelt hat. Er hat die Rechtsordnung ebenso schädigen helfen, wie wenn er zusammen mit einem schuldigen Täter gehandelt hätte. Die Schädigung der Rechtsgüter tritt schon durch das äußere Geschehen ein, unabhängig von der sub-

1) Lehrbuch Bd. II S. 451.

jektiven Einstellung der handelnden Person. Der Schaden ist — objektiv betrachtet — gleich groß, mag die Körperverletzung vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos begangen sein, mag den Diebstahl ein voll verantwortlicher Erwachsener oder ein Kind unter vierzehn Jahren oder ein Geisteskranker ausgeführt haben. Körperintegrität, Eigentum und Besitz sind in dem einen Falle wie in den anderen verletzt. Es erscheint nicht einleuchtend, warum die Rechtsgüter und die Rechtsordnung überhaupt schwerer geschädigt werden sollen, wenn sie mit vollem Bewußtsein angegriffen werden, als wenn es ohne dieses geschieht.

Die Frage nach der subjektiven Einstellung, nach der Schuld, soll Auskunft darüber geben, ob gegenüber dem Angreifer die Anwendung von Strafe gerechtfertigt und zweckmäßig erscheint. Es kann sehr wohl geboten sein, einige der Mitwirkenden im Gegensatz zu dem schuldlos handelnden Haupttäter zu bestrafen, auch wenn sie nur eine untergeordnete Tätigkeit entfaltet haben, sofern nur die Tat rechtswidrig, das heißt den Interessen der Rechtsordnung widerstreitend ist.

Diesen Gedanken trägt die beschränkte Akzessorietät Rechnung, die nur auf die Rechtswidrigkeit, die Mißbilligung der Tat als mit den Interessen der Rechtsordnung nicht vereinbar, abstellt.

Dieses Grundprinzip der beschränkten Akzessorietät, das Außerachtlassen aller subjektiven Merkmale, wird verlassen bei Annahme subjektiver Unrechtselemente. Dann genügt beim Haupttäter nicht das Vorliegen sämtlicher objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern er muß außerdem noch das für das Delikt typische subjektive Element aufweisen. Denn erst dadurch wird das Unrecht seiner Handlung begründet. Damit ist aber wieder die Bestrafung der Teilnehmer nicht allein von der objektiven Beschaffenheit der Handlung des Täters abhängig gemacht, sondern sie hängt weitgehend von dessen Gesinnung, von inneren Vorgängen ab.

Hegler[2]) und Mezger[3]) heben diese Berücksichtigung subjektiver Momente bei Zugrundelegung der beschränkten

2) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 325 f.

3) In der Festschrift für Träger S. 208.

Akzessorietät als einen Vorzug der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen hervor. Sie führen aus, daß dieser Umstand noch mehr dazu beitragen werde, das Erfordernis der extremen Akzessorietät fallen zu lassen und sich mit der beschränkten Akzessorietät zu begnügen, da auch bei dieser jetzt die subjektiven Elemente die notwendige Berücksichtigung fänden. Dabei ist richtig, daß für die Anhänger der Theorie von den subjektiven Unrechtselementen der Unterschied der extremen Akzessorietät von der beschränkten Akzessorietät kein so großer ist wie nach der bisherigen Auffassung, soweit Delikte mit subjektiven Unrechtselementen in Betracht kommen. Andererseits bedeutet das aber, daß für sie der mit der Annahme der beschränkten Akzessorietät erzielte Fortschritt kein so bedeutender ist wie für die Anhänger der bisher herrschenden Auffassung von der objektiven Natur der Rechtswidrigkeit. Denn während diese ganz von der seelischen Einstellung des Haupttäters absehen, bleibt für jene bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen das Vorliegen des subjektiven unrechtsbegründenden Elements in der Person des Haupttäters unerläßliches Erfordernis für die Bestrafung der Teilnehmer auch bei Annahme der beschränkten Akzessorietät. Will beispielsweise T. dem ihm verhaßten B. einen Schaden zufügen und nimmt B. ein diesem kostbares Andenken mit Unterstützung des C. und D. weg, so können C. und D. nicht wegen Beihilfe zum Diebstahl bestraft werden, wenn dem T. die Zueignungsabsicht fehlte und er das Andenken nur zerstören oder wegwerfen wollte, mögen auch C. und D. durchaus in dem Glauben handeln, dem T. bei einem Diebstahl zu helfen. Aehnliche Fälle können auch bei anderen Delikten mit subjektiven Unrechtselementen vorkommen.

Hier zeigt sich wieder, welch weitreichenden Einfluß das Heranziehen subjektiver Elemente für die Begründung der Rechtswidrigkeit auf die Teilnahmeprobleme ausübt. Ob dieser Einfluß einen Fortschritt bedeutet, hängt letzten Endes von der Beantwortung der Frage ab, ob sich diese subjektiven Unrechtselemente in einer bestimmten Beziehung so stark von den anderen subjektiven, zur Schuld gehörenden Elementen abheben, daß ihre besondere Behandlung gerechtfertigt erscheint, und ob diese Besonderheit der subjektiven Elemente darin zu erblicken ist, daß sie die

rechtliche Bewertung der in gewissen Deliktstatbeständen aufgestellten äußeren Handlung entscheidend beeinflussen. Diese Frage soll aber hier nicht geklärt werden, sondern von ihrer Bejahung als der Grundlage der Theorie der subjektiven Unrechtselemente ausgegangen werden. Hier sollen nur die praktischen Ergebnisse dieser Theorie zur Darstellung gelangen.

Kapitel VI.

Zusammenfassung.

Am Schluß der Untersuchungen soll noch einmal ein kurzer Rückblick auf die gewonnenen Ergebnisse getan werden. Es war nicht der Zweck der Arbeit, zu untersuchen, ob die Zurechnung der in Frage stehenden subjektiven Elemente zum Unrecht zwingend ist oder ob sie nicht mit größerem Recht als spezifische Eigenschaften der den betreffenden Delikten eigentümlichen Schuld anzusehen sind. Diese grundsätzliche Frage wird ja von den Gegnern dieser Theorie mit gewichtigen Gründen verneint. Hier sollte vielmehr von der oben genannten Voraussetzung ausgegangen werden und nur die Auswirkungen dieser Theorie auf ein bestimmtes Teilgebiet des allgemeinen Strafrechts untersucht werden.

Wir haben gesehen, daß der Einfluß der Theorie der subjektiven Unrechtselemente auf die Teilnahmelehre ein recht bedeutender ist und daß kaum eine Frage von ihr unberührt bleibt. Ob dieser Einfluß – im ganzen genommen – einen Fortschritt bedeutet, kann zweifelhaft erscheinen. Ein großer Nachteil dieser Theorie ist es jedenfalls, daß sie den klaren Aufbau zerreißt, der durch die Scheidung des Tatbestandes in einen objektiven und einen subjektiven Teil erreicht worden ist. Die Einteilung, die an dessen Stelle treten soll, ist in großem Maße unbestimmt und unsicher. Es fehlt eben bisher ein genaues Kennzeichen dafür, in welchen Fällen ausnahmsweise subjektive Elemente zum Unrecht anstatt zur Schuld zu rechnen sind.

Diese Theorie verwischt den großen, grundlegenden Unterschied, der zwischen objektiver und subjektiver Unrechtsauffassung besteht. Die objektive Teilnahmetheorie wird in weitem Maße subjektiviert und dadurch wird die konsequente Durchführung der ihr zugrunde liegenden Gedanken aufgegeben, ohne daß die Ergebnisse, die vielleicht bei der Lösung einiger Grenzfälle billiger erscheinen, diese Umgestaltung rechtfertigen können.

Der Grundgedanke der objektiven Teilnahmetheorie ist, die an einer Straftat Mitwirkenden in erster Linie nach dem Maße ihrer äußeren Mitwirkung zu beurteilen und ihren Tatanteil nach diesem Maßstabe zu bewerten, ohne freilich ihre Schuld außer Acht zu lassen. Vor der Frage nach der Schuld, nach der subjektiven Einstellung des Beteiligten, muß jedoch stets erst geklärt sein, ob sich sein äußeres Handeln als Täter-, Gehilfen- oder Anstifterhandlung bestimmen läßt. Auf diesem Grundgedanken und seiner folgerichtigen Durchführung beruhen alle Vorzüge der objektiven Theorie. Er gibt einen objektiven, von dem Ermessen des Richters in hohem Grade unabhängigen Maßstab, der zu gerechten Entscheidungen führt und dem Angeklagten eine sichere Gewähr für gerechte Behandlung bietet. Wer eine im Tatbestand des Gesetzes bezeichnete Handlung vornimmt, ist eben in höherem Maße an der Begründung der tatbestandsmäßigen Rechtswidrigkeit beteiligt als derjenige, der nur diese Handlung vorbereitet oder unterstützt.

Dieser Grundgedanke der objektiven Theorie wird jedoch durch die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen — jedenfalls in der Formulierung, die Mezger ihr in der Teilnahmelehre gibt — aufgegeben. Durch die Gleichstellung subjektiver Elemente mit äußeren Handlungen wird der klare Aufbau dieser Theorie durchbrochen und ihre Geschlossenheit zerstört.

Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Mittäterschaft. Der Beteiligte, der nur eine geringe oder gar keine äußere Mitwirkung entfaltet, wird allein durch seine subjektive Einstellung zum Range eines Täters emporgehoben. Dieses Ergebnis ist mit dem Prinzip der objektiven Teilnahmetheorie unvereinbar und widerspricht dem Wortlaut und Sinn des § 47 StGB. Dieses Ergebnis steht im Gegensatz zu dem Gedanken, dem die objektive Theorie zum großen

Teil ihre Ueberzeugungskraft verdankt, daß die Ausführungshandlung eben ihrem Wesen nach etwas anderes ist als die Unterstützungshandlung, daß z. B. Schmierestehen etwas anderes ist, als das Einsteigen und Wegnehmen selbst[1]).

Bei den anderen Teilnahmeformen zeigt sich dieser auflösende Einfluß ebenfalls. Das Wesen der mittelbaren Täterschaft und der Anstiftung wird bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen grundlegend verändert, teilweise werden sie gegeneinander ausgetauscht. Denn das Vorliegen der Absicht oder Tendenz in der Person des Hintermannes begründet stets seine Tätereigenschaft.

Diese Fehler werden vermieden, wenn man die subjektiven Unrechtselemente als zusätzliches Merkmal beim Täter fordert. Nach dieser Ansicht muß der Täter außer dem subjektiven Element immer noch eine Ausführungshandlung vornehmen. Doch liegt hier die Gefahr nahe, daß dadurch der Begriff der Täterschaft zugunsten der übrigen Teilnahmeformen übermäßig eingeengt wird. Mag der Beteiligte eine noch so große äußere Tätigkeit entfaltet haben, mag er alle Merkmale, die im objektiven Tatbestand des Gesetzes festgelegt sind, erfüllt haben, so wird er doch nicht als Täter bestraft, wenn er nicht das subjektive Unrechtselement aufweist.

Man kann entgegenhalten, daß das subjektive Unrechtselement gerade das für das Delikt charakteristische Element ist, daß dieses Merkmal dem Handeln die typische rechtswidrige Färbung gibt, und daß daher erst das Vorliegen dieses Elementes die Bestrafung als Täter rechtfertigt. Jedoch kann zweifelhaft sein, ob wirklich bei allen Delikten diesem subjektiven Element eine so ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Außerdem ist es ein Kennzeichen jedes subjektiven Merkmales, daß es auf die Person beschränkt bleibt und nur dem, bei dem es vorliegt, angerechnet werden kann. Demzufolge kann bei zwei im gegenseitigen Einverständnis Zusammenwirkenden, von denen nur der eine die Absicht oder Tendenz aufweist, der andere nicht als Mittäter bestraft werden, selbst wenn er den weitaus größeren Anteil an der äußeren Ausführung der Straftat

1) Vgl. Wegner: Teilnahme bei Aschrott-Kohlrausch S. 108/109

hat. Dieses Ergebnis ist vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie recht unbefriedigend.

Immerhin ist diese Ansicht von der Stellung der subjektiven Unrechtselemente im Aufbau des Tatbestandes mit der objektiven Teilnahmetheorie noch eher vereinbar, da nach ihr doch in erster Linie bei der Entscheidung auf objektive Gesichtspunkte abgestellt wird und die Vornahme einer Tatbestandshandlung für die Bestrafung als Täter notwendige Voraussetzung ist.

Die Kompromißnatur der Theorie der subjektiven Unrechtselemente zeigt sich besonders bei der Akzessorietät. Anstatt sich endgültig für die beschränkte Akzessorietät zu entscheiden und von der Gesinnung des Haupttäters bei der Bestrafung der Teilnehmer ganz abzusehen, erweitert sie doch wieder die beschränkte Akzessorietät nach der Richtung der extremen hin. Als Vorzug kann dies nicht angesehen werden. Gerade weil man eingesehen hatte, daß die Abhängigkeit der Bestrafung des Teilnehmers von der subjektiven Einstellung des Täters rechtspolitisch nicht zu billigen sei, erhob man allgemein die Forderung nach Einführung der beschränkten Akzessorietät. Wollte man auch hier subjektive Elemente mit heranziehen, so würde man auf halbem Wege stehen bleiben und die erkannten Nachteile nur zum Teil abstellen. Denn die Gedanken, die zu der Forderung nach der beschränkten Akzessorietät geführt haben, gelten für die Berücksichtigung jedes subjektiven Elementes beim Haupttäter, gleichgültig, ob man dieses zum Unrecht oder zur Schuld rechnet.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Annahme der Theorie der subjektiven Unrechtselemente die Teilnahmelehre in wichtigen Punkten weitgehend beeinflußt, besonders die Lehre von der Akzessorietät und die objektive Teilnahmetheorie. Die subjektive Teinahmetheorie dagegen wird von ihr im wesentlichen nicht verändert. Ihr Einfluß geht dahin, die Gegensätze zwischen objektiver und subjektiver Auffassung auszugleichen, was vielleicht in manchen Fällen zur Vermeidung gewisser Härten führt, andererseits aber den Blick von den großen grundlegenden Unterschieden der beiden Auffassungen ablenkt.

Lebenslauf

Ich, Walter Gustav Theodor Oskar Bungenstab, wurde am 1. August 1910 als Sohn des Disponenten der Bergwerksgesellschaft Georg von Giesches Erben Oskar Bungenstab und seiner Ehefrau Vally, geborenen Sallbach in Breslau geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und gehöre zur evangelisch-reformierten Kirche. Ostern 1916 trat ich in die Vorschule des Realgymnasiums am Zwinger in Breslau ein und legte Ostern 1928 an dieser Anstalt die Reifeprüfung ab. Von Ostern 1928 ab studierte ich acht Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität zu Breslau. Am 9. April 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht Breslau. Seit dem 8. Juni 1932 befinde ich mich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau.